

POR EL DOCTOR DON PEDRO DE Vargas, Abad mayor de la Santa Iglesia de Baça, como patrono del patronato y obra pia que fundò doña Antonia Mendez, difunta, vezina que fue de la dicha ciudad. Y don Lorenço Trillo Daualos, como marido y conjunta persona de doña Iuana de Vargas, vsufrutuaria de los bienes del dicho patronato.

EN EL PLEYTO.

CON D. ANTONIO Mendez Pardo, Cauallero del Abito de Calatraua, vezino y Alferez mayor de la dicha ciudad.

En Granada, En la Imprenta Real, por Francisco Sanchez, y Baltasar de Bolibar, Año de 1644.

1 ES sobre las legitimas paterna y materna de fray Carlos Daualos, Religioso de la Orden de san Geronimo, y de la herencia de doña Geronima Daualos, tia de las partes.

2 ¶ Y para inteligencia de lo que se ha de fundar en este papel se aduierte en el hecho lo siguiente.

3 ¶ Lo primero, que el dicho fray Carlos Daualos, estando en el siglo, en quatro de Iulio de 599. por escritura publica dize: *Que por el mucho amor y voluntad que tiene a doña Antonia Mendez su hermana, y en remuneracion de los beneficios que della ha recebido, le haze gracia y donacion irreuocable de todos sus bienes que a el presente tiene, y adelante tuuiere, de qualquier manera, reseruando como en si reserua el vsufruto dellos por todos los dias de su vida. Con declaracion, que si el dicho don Carlos entrare en Religion, por el mismo caso, antes de entrar, y de su profession del abito que assi recibiere, que el dicho vsufruto se consolide con la propriedad que assi dà a la dicha doña Antonia su hermana. Y si el dicho don Carlos se casare, la tal donacion sea en si ninguna, y de ningun valor y efecto. Y teniendo efecto en los casos arriba referidos, han de ser los dichos bienes para la dicha su hermana, y sus herederos, y sucessores, con que sean hijos. Y despues, caso que no los tenga, suceda en los dichos bienes don Antonio Mendez su hermano, y sus herederos y sucessores, que despues de sus dias tuuiere en qualquier manera.*

4 ¶ *Otro si le hazia donacion, y renunciaua en la dicha su hermana la legitima que le puede venir y pertenecer despues de los dias de doña Maria Daualos su madre, para lo qual le dio su consentimiento, en lo qual suceda con las condiciones arriba declaradas y referidas. E despues de sus dias el dicho don Antonio su hermano, los quales quiere que los ayan y hereden en la forma y manera que arriba tiene declarado.*

5 ¶ Esta donacion acetó doña Antonia, e interuino tradicion de la escritura, y la jurò el dicho Padre fray Carlos.

6 ¶ Lo segundo, que en diez y ocho de Nouiembre de 602. el dicho fray Carlos, siendo Religio-

Religioso en este Conuento de san Geronimo de Granada, y estando proximo a la profession haze renunciacion por escritura, diziendo: Que por quãto en quatro de Iulio de 99. hizo donacion a doña Antonia de todos sus bienes, con reserua de vsufruto, y en quinze de Diziembre de 601. hizo donacion de los frutos y rentas de sus bienes en fauor de doña Maria Daualos su madre, y porque quiere professar en el dicho Conuento, otorga, *que aprueua y ratifica las dichas escrituras de donaciones suso referidas, otorgadas por el de los dichos sus bienes, herencias, y legitimas en fauor de las dichas su madre y hermana, sin exceptar ni reseruar dellas cosa ninguna.*

7 ¶ *Y a mayor abundamiento, desde luego para quando aya professado en el dicho Monasterio, hizo gracia y donacion a la dicha doña Antonia Mendez su hermana de todos sus bienes, derechos, y acciones que tiene y le pertenecen de sus legitimas paterna y materna, y le pertenecieren, y otras qualesquier herencias, transuersales, y en otra manera, y se desistio de todo el derecho que a las dichas herencias y bienes tiene, y lo cedió y renunciò en la dicha doña Antonia Mendez su hermana, y en quien della huuiere causa.*

8 ¶ Y despues prosigue, ibi: *Todo lo qual aya y cobre para si la dicha su hermana en possession y propriedad, porque aun con esto no le paga y satisfaze las buenas obras que della ha recebido, y espera recebir. E si esta escritura de donacion, e las demas tienen necessidad de insinuacion de Iuez, desde luego las insinua, y jura de no contrauenir a ella, ni reclamarla.*

9 ¶ Hizose esta renunciacion con licencia del Prior del dicho Conuento, que interuino en ella, y le firmó juntamente con el dicho fray Carlos.

10 ¶ Lo tercero, que en diez y siete de Abril de 635. la dicha doña Antonia, que en su vida gozò delos bienes tocantes al dicho fray Carlos, otorgò su testamento, debaxo de cuya disposicion muriò, y por no auer dexado descendientes instituyó de sus bienes vn patronato de obras pias, y llamó en primer lugar à la dicha doña Iuana de Var-

gas,

gas, muger deldicho don Lorenço, y despues de sus hijos y descendientes a doña Geronima su sobrina, muger del dicho don Antonio Mendez.

11 ¶ Lo quarto, que en diez y siete de Febrero de 642. el dicho Abad y don Lorenço Trillo, como marido y conjunta persona de la dicha doña Iuana de Vargas, interessados en el dicho patronato, pusieron demanda en esta Corte al dicho don Antonio, diziendo, que perteneciendo los bienes de las legitimas del dicho fray Carlos precipuamente al dicho patronato, por la disposicion de la dicha doña Antonia, respeto de que la donacion primera fue nula, lo vno por auer sido inmensa de todos los bienes, derechos, y acciones: lo otro, porque fue intuitu de la Religion, y que despues, estando para professar el dicho fray Carlos, hizo renunciacion en la dicha doña Antonia su hermana, por las buenas obras que della auia recebido, para si, en possession y propriedad, y para quien della huuiere causa, el dicho don Antonio se jactaua de que los dichos bienes le pertenecian por la dicha primera donacion: concluyó se le condenasse a que se desistiera de la dicha jactancia, y declarassen los bienes destas legitimas por del dicho patronato.

12 ¶ Don Antonio respondio deuerse condenar a estas partes a que restituyessen los bienes, por auer muerto sin sucessiō la dicha doña Antonia. Que la donacion primera fue valida, y con los requisitos de derecho necessarios. Que quando esta faltara, la renunciacion aprouò la primera donacion, en la qual tiene llamamiento, esto en caso que fuesse valida la dicha renunciacion.

13 ¶ Y por reconuencion dixo deuer cōdenarse assimismo al dicho patronato en los bienes y hazienda pertenecientes a la herencia de doña Geronima Daualos, y Carlos Daualos, tios de las partes. A que satisfizo la parte de los dichos don Pedro de Vargas, y don Lorenço Trillo, con las excepciones y fundamentos que adelante se referirán.

Y para

14 ¶ Y para que se venga en conocimiẽto de la justicia que assiste a el patronato de la dicha doña Antonia Mendez Daualos, diuidiremos esta alegacion en dos articulos.

15 ¶ En el primero se tratarà, de que la donacion que el dicho fray Carlos hizo el año de 599. (en que se funda, y de que se vale don Antonio) fue nula, por los fundamentos de derecho que se propondran.

16 ¶ Y que se deue estar a la renunciacion del año de 602. que fue limitada en fauor de la dicha doña Antonia, y sus herederos, sin extenderse a fauor de don Antonio.

17 ¶ En el segundo, que los bienes de la dicha doña Geronima, y de Carlos Daualos, tios de las partes (que son los de la reconuencion) pertenecieron precipuamente a la dicha doña Antonia su sobrina, y en consequencia al dicho patronato, sin tener derecho alguno a ellos el dicho don Antonio Mendez.

18 ¶ Y al principio deste se propondrà el hecho puntual antes de llegar a los fundamentos de derecho que le corresponden.

Primero Articulo.

19 ¶ Es nula la escritura de donacion del año de 599. por las causas y razones siguientes.

20 ¶ La primera, por auer sido hecha en tiempo que estaua proximo fray Carlos a entrarse en la Religion, & intuitu illius, y no guardandose la forma del Concilio de Trento, *cap. 16. Sess. 25. de regular.* scilicét, quod fiat intra duos mẽses proximos ante professionem, *dict. cap.* 16. & notant in terminis Lessius, *de instit. & iur. lib. 2. cap. 41. nu. 39.* Azor. *Instit. moral. tom. 1. lib. 13. cap. 9.* vers. *Secundo quæritur, circa finem,* Flamin. Paris. *de resignat. lib. 1. quæst. 13. num. 9.* Emanuel Saa, *in summa,* verbo, *religio.* Lelius Zecchi. *de Republic. Ecclesiast. tit. de regu-*

Renunciatio bonorum facta ante relig. ingressum non valet.

*laribus,num.*10. Ludouic. Lopez, *de contract. lib.* 2. *cap.* 39. *notabil.* 5. Paul. Fulc. *de visitat. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 37. Macerat. *lib.* 1. *variar. resolut. vltim. cap.* 62. Miranda, *in manuale Prælator. quæst.* 23. *art.* 2. & 3. Layman, *tractat.* 5. *cap.* 6. *de vltim. voluntat. capit.* 7. Iacob. Cancer. *lib.* 2. *variar. cap.* 8. *num.* 81. Menoch. *cons.* 388. *num.* 7.

21 ¶ Adest declaratio Concilij in hæc verba: *Si donatio, aut renuntiatio facta fuerit intuitu Religionis ingrediendæ, semper tanquam facta in fraudem huius Canonis videtur subesse illius dispositioni,* quæ refert Marsilla *in dict. cap.* 16. *de regular.*

22 ¶ Ex nostris Nauarr. *cons.* 7. & 8. *de donat. in antiq:* aliàs *cons.* 81. & 82. *lib.* 2. *de regul. in nouis.* Spino, *de testament gloss.* 12. *in princip. num.* 50. Rojas, *in epithom. succes. cap.* 7. *num.* 30. Pat. Molin. *de iustit. & iur. disp.* 139. *tractat.* 2. vers. *Ambiget, nu.* 14. & *disp.* 149. *num.* 4 vers. *Ad Ecclesiam,* Zeuall. *cōm. quæst.* 121. *num.* 4. Gutierrez, *in cap. quamuis pactum,* verbo, *dum nuptui tradebatur, in fin. de pactis, lib.* 6. quos refert Barb. *in dict. cap.* 16. *Sess.* 25. *num.* 20. versic. *Contra.*

23 ¶ Et licèt contrarium teneant Gratian. *decis.* 37. Campanil. *Rubric.* 12. *cap.* 3. *num.* 17. Nicol. Garcia, *de benefic. part.* 11. *cap.* 9. *num.* 15. Pat. Thom. Sanchez, *in præcepta Decalog. tom.* 2. *lib.* 7. *cap.* 5. *à num.* 4. *cum seqq.* & alij, quos congerunt Barb. *in dict. cap.* 16. *Sess.* 25. *num.* 20. Diana, 6. *tom. in decis. post tractat. fol.* 335. vers. *Contrariam tamen sententiam,* diziendo no entenderse la resolucion *dict. cap.* 16. con los seculares, si no con los verdaderamente Religiosos, por estar debaxo del titulo de regularibus, y por ser odiosa, quæ non debet extendi.

24 ¶ La razon que dan los de nuestra sentencia parece mas fuerte, scilicet: *Eandem esse rationem in ea, quæ ingresura est ipsam Religionem, nam Concilium id Sanctè statuit, ne puellæ facta bonorum suorum renuntiatione, & donatione impediantur reuerti ad sæculum, sicuti facile impedirentur, si donationes, & renuntiationes*

factæ

factæ duos menses ante professionem valerent. Hæc sanè ratio locum etiam habet in puella, quæ dum Religionem adhùc non est ingressa, & habitum Religionis non suscepit, donauit bona ob hanc causam, quod ingredi volebat, verba sunt Menochij *dict. cons.* 388. *num.* 7. Spino, *dict. gloss.* 12. *in princip. num.* 50. Zeuall. *dict. quæst.* 121. *num.* 4. Pat. Molin. *dict. disp.* 139. *num.* 14. Rojas, *dict. cap.* 7. *num.* 30. & alij supra congesti.

25 Y las adelanta Nauarr. *dict. cons.* 82. *num.* 5. illic: *Tùm quia grauius est ingressuro Monasterium facere donationem ante ingressum, & susceptum habitum, quam posteà: partim quia per id facultatem donādi alij postquam suscepit habitum: partim, quia parentes, vel cognati volentes quærere bona ingressuri, vel ingressuræ Monasterium, facilius possunt consequi suum propositum persuadendo pueris, & puellis ante ingressum, vt donent sua bona sibi, vel alijs, quibus volent, quam postquam ingressi fuerint Monasterium, vel susceperint habitum: eo quod sunt iuniores, & minus sapiunt, & plus subijciũtur parentibus, vel tutoribus, & plus habent timoris reuerentialis, vt palám est: écontra post susceptum habitum sunt liberiores, sapientioris, & est eis minus timoris reuerentialis, & habent plures consultores Religiosos, vel Religiosas, quæ vt personæ spirituales, & á mundanis separatæ præsumuntur rectius eis consulturæ.*

26 ¶ Con que aun quando fuera mayor el numero de Doctores contrarios, por assistir a los desta sentencia la razon, han de preualecer, *l.* 1. *C. de vet. iur. enucl.* Curt. iun. *cons.* 63. *num.* 3. Cened. *quæst.* 8. *num.* 11. Ossuald. ad Donel. *lib.* 26. *cap.* 2. *liter.* B. Dom. Larrea, *decis.* 7. *num.* 59. & 8. *num.* 92.

27 ¶ Sin que contra esto obsten las ponderaciones que de contrario se hazen. Vna, que no consta auerse hecho la donacion intuitu Religionis, siquidem dize: *Que si se casare, fuesse ninguna, y de ningun valor ni efeto.*

28 ¶ Porque se responde, que antes dixo: *Con declaracion, que si el dicho don Carlos entrare en Religion, por el mesmo caso, antes de entrar, y de su profession, el vsufruto se consolide, &c.* Con que parece auerse hecho con este pretexto, lo qual se manifiesta ex effec

tu

tu subsequuto con auerse poco mas de vn año despues entrado en Religion, *l. si seruus plurium, §. fin ff. de legat. 1. l. qui filiabus, in princip. ff. eodem*, Surd. *cons.* 355. *num.* 46. Cephal. *cons.* 510. *num.* 16. Farinac. *in prax* 4 *part. cons.* 30. *num.* 115. Mantica, *de coniecturis, lib.* 12. *tit. vltim. num.* 26. Mar. Antonin. *variar. lib.* 3. *resolut.* 1. *num.* 60. Fussar. *de substit. quæst.* 351. *num.* 16. Dom. Castillo, *lib.* 4. *cap.* 24. *num.* 7.

29 ¶ Veluti in casu de auer professado dentro de dos, sicuti vt præsenti considerat Menoch. *dict. cons.* 388. *num.* 7. illic: *Tertio, & vltimo, quod prima illa donatio nulla omnino fuerit, vel ex eo cōstat, quod facta fuit ob causam ingressus Religionis, sicuti expresse in ea fuit. Quam quidem Religionem est deinde ingressa D. Magdalena, & professionem emisit lapso vere biennio á die donationis factæ. Quo fit, vt donatio ipsa nulla extiterit ex dispositione Sacri Concilij, &c.*

30 ¶ Et in modico tempore Ludouico Lopez, *lib.* 2. *instruct. negotia. cap.* 39. *pagin.* 484. *num.* 5. vers. *Aduerte*, Gutierr. *in cap. quamuis pactum, in §. dum nuptui tradebatur, num.* 5. *in fin.* vers. *Sed adhùc de hoc dubio.* Cenedo, *quæst.* 6. *num.* 6. *in fin.* vers. *An autē*, & quod arbitrio iudicis relinquatur Dom. Couarr. *in cap.* 2. *de testament. num.* 5. vers. *His vero*, Michael Cras. *sentent. §. testamentum, quæst.* 34. *num.* 4. Cancer. 2. *variar. cap.* 8. *num.* 85.

31 ¶ Y la otra por dezir que exceptuò el caso de no professar, y de casarse, que en este auia de ser ninguna.

32 ¶ Porque nihilominus non tenet, assi por la dificultad que despues ay en deshazerla, por las firmeças que los escriuanos de ordinario les ponen, como porque por este medio se trata de defraudar a las Religiones donde entran, vt in terminis de donacion hecha con pacto de que si no professasse no fuesse valida, tenet Nauarr. *dict. cons.* 82. *nu.* 5. *in medio*, ibi: *Tùm, quia plurimum refert an donationem faciant ante susceptionem habitus, cum clausula, vt nihil valeat casu, quo vellent exire, an vero non valeat, nisi facta secundum formam Concilij, nam difficilius est donationes*

iam

iam factas reuocare, & in statum pristinum redigere, quam eas facere, & in statu pristino retinere præsertim, quod vt plurimum in huiusmodi donationibus addunt notarij clausulam constituti, per quam donatarij fiunt possessores, & possessores multis modis suas possesiones defendere solent. Tū, quod etiam fit qualequale præiuditium Monasterijs, quæ intrant quoniam per tales donationes priuant Monasteria omni spe succedendi in bonis eorum per donationes, vel vltimas voluntates.

33 ¶ La segunda causa de nulidad de dicha escritura consiste, en que quando el dicho fray Carlos hizo esta donació fue siendo menor de veynte y cinco años, sin los requisitos de derecho necessarios para enagenar sus legitimas, acto reprouado, ex *l. fin. §. fin. C. si maior factus, l. prædia, C. de præd. minor.* Bart. *in l. si constante, in princip. num. 76. ff. solut. matrimon.* Paul. Castrens. *cons. 302. lib. 1. à numer. 2.* Curt. iun. *cons. 168. numer. 20.* Ancharran. *cons. 69.* incipit, *contra donationem, à num. 1.* Menoch. *cons. 29. num. 14. lib. 1. & cons. 388. num. 1. & de arbitrar. lib. casu 171. num. 43.* Simon Scell. *in tractat. de decretis, lib. 1. tit. 2. à num. 1.*

34 ¶ Sin que obste el juramento, porque no firma la donacion de menor sin preceder las solemnidades, vt expresse tradunt Bald. *in l. 1. C. si aduersus donationem,* Ancharran. *dict. cons. 69. à num. 2.* Alexand. *cons. 116. à num. 2. lib. 1.* Natta, *cons. 196. num. 17. & 173. num. 3. lib. 1.* Roland. à Valle, *cons. 54. n. 29. lib. 2.* Felin. *cons. 16. à nu. 1.* Menoch. *dict. cons. 29. à num. 35. cum seqq. & cons. 388. num. 9.*

35 ¶ La tercera, y principal, porque la dicha donacion fue inmensa *de todos los bienes que al presente tenia, y adelante tuuiesse de qualquiera manera,* cō que nihil dubij el contener nulidad manifiesta, por ser contra bonos mores, y priuarse de testar, ex *l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verbor. obligat.* Fachin. *lib. 6. controuers. cap. 87.* Cancer. *1. variar. cap. 8. num. 77.* Fontanell. *de pact. clauf. 4. gloss. 21. part. 1. à num. 1.* Roland. à Valle, *cons. 39. num. 1. lib. 1.* Iul. Clar. *lib. 4. sentent. §. donatio, quæst. 19.* Cacheran. *decis. 70.*

num. 1 o. Beroi. *decis.* 353. *num.* 7. Trentacinq. *lib.* 3. *variar. tit. de donationib. resolut.* 3. Mantica, *de tacitis, lib.* 12. *tit.* 26. *á num.* 14.

36 ¶ Quod procedit etiam, que no fuera si no de los presentes, *ex l.* 69. *Tauri*, quæ est 8. *tit.* 10 *lib.* 5. *Recopilat.* laté extra antiquiores Anton. Gom. *in dict. l.* 69. *Tauri, á num.* 2. Matienç. & Azeued. *in dict. l.* 8. *tit.* 10. Gutierrez, *de iuramẽt. confirmat.* 1. *part. cap.* 11. *num.* 1. Pat. Molin. *de iustit. & iure, disp.* 280. Dom. Molin. *de primogen. lib.* 2. *cap.* 10. *nu.* 10. Dom. Castillo, *lib.* 4. *controuers. cap.* 53. *á num.* 2. Hermosilla, *in l.* 9. *tit.* 4. *part.* 5. *gloss.* 1. *à num.* 1. *cum seqq.* Zeuall. *comm. cõtra comm. quæst.* 140. *in princip.* Aluarez *de priuileg. miserab. personar.* 2. *tom. quæst.* 8. *num.* 89. *in fine.*

37 ¶ Lo que contra esto se opone es dezir, que reseruó el vsufruto, con que vino a tener de que poderse alimentar, y disponer asimesmo, y cessa la causa referida, & per consequens tenet donatio, Franch. *decis.* 168. *nu.* 4. Anton. Gom. *in l.* 69. *Tauri, num.* 3. Gamma, *decis.* 166. *nu.* 5. & ibi Flores de Mena, qui plures refert.

38 ¶ A que se responde. Túm, que absolutamente lleuan lo contrario, de que la reserua de el vsufruto, no valide la donacion inmensa, Paul. Castrens. *in l. fin. C. de pact. num.* 10. Corn. *cons.* 176. *num.* 23. *lib.* 2. Deci. *cons.* 30. *num.* 3. Roland. *cons.* 39 *num.* 2. *lib.* 1. Gutierrez, *dict. cap.* 11. *num.* 14. Dom. Couarr. *dict. lib.* 3. *variar. cap.* 12. *num.* 4. vers. *Primo siquidem*, Anton. Fabro, *lib.* 8. *C. tit.* 34. *diffinit.* 9. Cancer. 3. *variar. cap.* 2. *de inuentario, num.* 123. Hermosilla, *in dict. l.* 9. *tit.* 4. *part.* 5. *gloss.* 1. *num.* 4. Matienç. *in dict. l.* 8. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recopilat. num.* 5.

39 ¶ Assi, porque en la reserua de vsufruto no se compreheden los frutos, como porque si antes de llegar a causarse muriera incontinenti, no se hallaua con bienes de que poder testar, veluti notant Castrens. *in dict. l. fin. C. de pact. num.* 10. vbi Deci. *num.* 32. Curt. iun. *num.* 58. Purpur. *num.* 152. quos & alios refert & sequitur Dom. Couarr. 3. *va-*

riar.

riar.cap.12.num.1.& num.3.qui num.4. verſ.Primo ſiquidem, concluye no auer ya duda atento iure Regio, ex dict.l.69.Tauri.

40 ¶ Tùm, porque aun los Doctores de la contraria ſentēcia, en quanto a la reſerua de vſufruto, afirman auer de ſer tan conſiderable, que pueda ſuſtentarſe el donante cōforme ſu calidad, y que ſobre para poder teſtar, Cardin. Tuſch. practicar. litter. D. concluſ. 648. num. 63. Cardin. Mantic. de contract. 2. tom. lib. 13. tit. 32. num. 16. Alexand. Trentacinq. lib. 3. variar. reſolut. tit. de donat. reſolut. 3. nu. 18. verſ. Declaratur etiā, Fontanell. de pact. clauſ. 4. gloſſ. 22. num. 10. Dom. Couarr. dict. cap. 12. num. 3. verſ. Tertio, Dom. Molin. dict. lib. 1. de primogen. cap. 10. num. 25. vbi Addit. Dom. Caſtillo, 4. controuerſ. cap. 53. num. 25. Ioan. Gutierr. de iurament. confirm. 1. par. cap. 11. num. 14. verſ. Breuiter. Et verſ. Poſt hæc ſcripto, Iacob. Cancer. 1. variar. cap. 8. num. 48. Hermoſilla, in l. 9. tit. 4. part. 5. gloſſ. 1. num. 5.

41 ¶ Y teniendo obligacion la otra parte a verificar lo que podia valer el vſufruto de los bienes comprehendidos en eſta donacion, porque ſiendo inmenſa de todos, la preſuncion de derecho es, quod ipſo iure ſit nulla, y aſsi le incumbe la carga de prouar la falencia, o limitacion, vt ex Herculano, de modo probandi negatiuam, nu. 12. Benintend. deciſ. 65. num. 9. Pinel. in l. 1. part. 3. num. 23. C. de bon. matern. & in terminis Purpurat. in l. fin. num. 212. C. de pact. Dom. Couarr. 3. variar. cap. 12. verſ. Secundo Pauli ſententia, & ſeq. Caualcan. in tractat. de vſufruct. mulieri relict. num. 155. verſ. Sed motus fuit ex eo, Trentacinq. 3. variar. reſolut. 3. de donat. num. 18. verſ. In hoc, ibi: In hoc caſu reſeruationis vſusfructus nota, quod reus habet intentionem ſuam fundatam de iure; videlicét, donationem omnium bonorum præſentium, & futurorum, non valere ipſo iure: ideò actor, qui allegat fallentiam, videlicét, donationem valere quando eſt facta reſeruatio fructuum, debet probare hanc eius exceptionem, videlicét, fructus extitiſſe tempore teſtamenti, & ſufficere ad alimenta, expenſas neceſſarias, & ad teſtādum, Hermoſilla, in dict.

l. 9.

l.9.tit.4.part.5.gloss.1.num.5. No solo no lo ha hecho, pero ni aun alegacion, ni articulo desto se hallarà en el pleyto.

42 ¶ Antes si por esta parte presentado la hijuela de particion de los bienes de los padres de fray Carlos (siendo asi que su madre entonces viuia) y los rayzes que se le adjudicaron por cabeça de los dos importan mil y seyscientos ducados, porque los demas fueron muebles, y la mayor parte ya consumidos, con que la renta bien cobrada, segura, y prompta corresponde a ochēta ducados, con que era impossible sustentarse y alimentarse conforme a su calidad, y asi viene a assistirnos la autoridad de los que siguieron la media sentencia, ex proximé congestis supra *num.* 40.

43 ¶ Neque oberit el oponer de que la dicha donacion fue jurada, y que segun el sentir de muchos se deue sustentar ratione iuramenti, vt videre est per Fachin.*lib.6.controuers.cap.*88.& alios, quos congerunt Dom.Castill.*lib.4.cap.53.à nu.*14 & Hermosill.*dict.gloss.1.num.*13.

44 ¶ Porque lo cōtrario defienden Bart. *in dict.l. stipulatio hoc modo concepta, num.* 5. *de verbor. obligat.* Roland. *consi.65.num.2.volum.* 1. Iul.Clar. *§.donatio, quæst.*20. Cacheran. *decis.*70.*nu.*10. Menchac.*controuers.illustr.lib.3.cap.*62.*num.*2. Borrell.*in summa decis.tom.3.tit.*10.*nu.*312. Dueñas, *reg.*219. *ampliat.*2.*num.*2. Afflict. *decis.*338.*num.*6. Cancer. *variar.*1.*part.cap.*8.*á num.*46. Matienç.*in l.*8.*tit.*10. *lib.*5.*Recopilat.gloss.*1.*num.*8. Azeued.*ibidem num.*4. Gutierrez.*de iurament.*1.*part. cap.*11.*num.*11. Fontanell.*claus.*4.*gloss.*21.*num.*68.*part.* 1. qui non dubitat hanc esse sequendam sentētiam, Hermosilla, *in dict.l.9.tit.4.gloss.1.num.*14.

45 ¶ Y en donacion como la presente, que es, *de todos los bienes que al presente tiene, y adelante tuuiere en qualquier manera*, es mas verdadera y recebida opinion, vt asserunt Gomez *in dict.l.*69.*Tauri, num.*4. Gutierrez, *de iurament.dict.cap.*11.*num.*13. Matienço, *in dict.l.*8.*tit.*10.*lib.*5.*gloss.*1.*num.*8. vbi

Azeued.

Azeued.*num*.4. Pat. Molin.*de iustit.& iur. tom.* 2.*disputat*. 280.*col*. 2.*in fin*. Cancer.*dict.cap*.8.*num*.75.& 76. Villalob.*in ærario, liter.I.nu*.201.& 202. Dom. Castillo, *dict.cap*.53.*num*.16. por ser contra bonos mores, & publicam vtilitatem.

46 ¶ Con que por solo este tercero fundamento de auer sido la donaciõ inmensa de todos los bienes, era bastante para obtener la parte del patronato.

47 ¶ Opusose por el Abogado de don Antonio a la vista en Estrados, que las nulidades que se han alegado contra dicha donacion son derecho del Padre fray Carlos, que es tercero, o de su Religion, de que no se puede valer aquesta parte, ex *l. loci corpus, §. competit*, vbi Bart. & DD. *ff. si seruit. vendicet. l. si quis emptionis, §. si vero nullum, C. de præscript*. 30. *vel* 40. *annor*. Natta, *cons*.419.*num*.11. & alij adducti á Thesaur.*decis*.4.*num*.1. A que satisfazemos.

48 ¶ Lo vno, que doña Antonia, fundadora deste patronato, sucedio en el derecho del dicho Padre fray Carlos en virtud de la renunciacion que hizo dentro de los dos meses, supra *á num*. 6. y assi nihil dubij el poder valerse del mesmo que el susodicho: argument. *l. cùm seruum, C. de seru. fug*. Bart. *in l*. 2 *ff. de except. rei iudicat. in princip*. ibi: *Et vt istà materia plené intelligatur, dic, quod quandoque oponitur de iure tertij ab eo, qui successit illi tertio*, Bald. *in dict. l. cum seruum, num*.7. *C. de seru. fugit*. Thesaur. *dict. decis*.4.*num*.2. illic: *Secundus est casus, quando ego in alicuius ius successi; & oppono contra agentem de iure illius tertij, tunc valet exceptio*. Y entonces no se considera si no por derecho proprio.

49 ¶ Y lo otro, porque aquesta parte es Reo conuenido sobre los bienes del dicho fray Carlos, y pretendiendo don Antonio que le tocã y pertenecen en fuerça de aquella primera donacion, y que se le transfiriò el dominio, omnes fatentur, poder oponer de la inualidacion deste titulo, expressando las causas de nulidad del; in vim probatio-

nis, quia perimunt ius agentis, ita in terminis notant Cinus *in l. cum seruum, numer.* 4. *C. de seruis fugit.* Bald. *cons.* 150. *in fin. lib.* 1. Surd. *cons.* 415. *num.* 18. Gratian. *cap.* 261. *num.* 3. & *cap.* 700. *nu.* 65. & 715. *num.* 25. Alexand. Ludouis. *decis.* 14. *á num.* 3. *cum seqq.* & 415. *num.* 3. & 4. vbi Beltramin. *num.* 6. Petr. Barb. *in l. si alienam* 12. *num.* 5. *ff. solut. matrim.*

50 ¶ Y mas hallandose posseedor dellos, *ex l. si cui, C. de non numer. pecun. l fin. C. de rei vendicat.* Abb *in cap. cum non liceat, n.* 15. *de præscript.* Castrens. *in l. fin. C. de edict. Diui Adrian. num.* 22. vbi Alexand. *num.* 23. Menoch. *cons.* 1. *num.* 321. Bursat. *cons.* 414 *num.* 5. *lib.* 4. Gratian. *cap.* 700. *nu.* 66. Thesaur. *dict. decis.* 4. *nu.* 7. Peregrin. *de fideicommis. art.* 48. *nu.* 70. Mandel. Albens. *cons.* 64. *num.* 3.

51 ¶ Alexand. Ludouis. *dict. decis.* 415. *num.* 4. illic: *Et quia reo, ac possessori licitum est suam possessionem tueri allegando ius tertij,* vbi Oliuer. *numer.* 6. ibi: *Fallit secunda regula in possessore, quia ad obtinendam absolutoriam, & ad tuendam suam possessionem potest dare de iure tertij,* Petr. Barb. *in dict. l. si alienam, num.* 64. vers. *Quarto principaliter, ff. solut. matrimon.* omnino videndos. Con que nullius est roboris repetita cōsideratio.

52 ¶ El quarto fundamento, y que assiste a el patronato contra esta donacion, viene a ser el estar resuelta y anulada por la posterior que hizo el dicho fray Carlos a el tiempo de la professiō, limitandola a fauor de la dicha doña Antonia su hermana (vt infra apparebit) y aunque se acetó la primera por la susodicha, adhùc, mientras no lo hiziesse expressamente don Antonio, la pudo reuocar el donante, ita in puncto Bartol. *in l. qui Romæ, §. Flauius, ff. de verbor. obligat.* Deci. *cons.* 58. *num.* 3. Cuman. *cons.* 166. *num.* 3. Gozadin. *cons.* 75. *num.* 10 Cephal. 312. *num.* 104. *lib.* 2. Menoch. 270. *num.* 74 *lib.* 3. Surd. *cons.* 150. *num.* 102. & *decis.* 409. *num.* 13 Iulius Clarus, *lib.* 4. *sentent. §. donatio, quæst.* 13. Mantic. *de tacitis conuent. lib.* 13. *tit.* 48. *ex nu.* 8. Alexand. Trentacinq. *lib.* 3. *variar. tit. de donat. resolut.* 1. *nu.* 13.

& 14.

& 14. Gratian. *discept. cap.* 575. *nu.* 7. Dom. Molin. *de primogen. lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 74. vers. *In primo casu,* vbi Addit.

53 ¶ Et licèt se limite esta regla en fundaciones de mayorazgos, Pat. Molina, *de contract. disputat.* 265. *num.* 8. vers. *In primis,* Anton. Gomez, *in l.* 40. *Tauri, num.* 34. Marta, *de succes. legal,* 1. *part. quæst.* 11. *art.* 4. *num.* 10 Dom. Molin. *dict. lib.* 4. *cap.* 2 *num.* 75. vers. *In secundo casu,* no se ajusta a nuestra especie, donde la donacion fue sin grauamen de vinculo, restitucion, ni perpetuydad, como de ella consta, con que estamos en la regla de auerse podido alterar ante aceptationem secundi donatarij, ex Bart. *in dict. l. qui Romæ, §. Flauius, de verbor. obligation.* & alijs iuribus numero antecedenti congestis.

54 ¶ Vna de las replicas que se hizo a este fundamento fue dezir, que el dicho fray Carlos no reuocò la primera donacion en que estaua llamado don Antonio a falta de sucession de doña Antonia su hermana, si no antes, haziendo mencion de ella, dixo, *que la aprouaua y ratificaua,* con que ha de ser con todas sus calidades, *l. si ita scripsero, ff. de condit. & demonstrat. l. ait Prætor, §.* 1. *ff. de re iudicat.* Menoch. *cons.* 1. *num.* 83. Surd. *decis.* 212. *num.* 4. Gutierrez, *cons.* 18. *num.* 56. Caldas Pereyra, *de potestat. eligend. cap.* 16. *num.* 17. & 33. Bobadilla, *in Politica, lib.* 1. *cap.* 4. *nu.* 22. Gratian. *disceptat. forens. cap.* 501. *numer.* 16. & 17. Zeuallos, *commun. contra commun. quæst.* 905. *num.* 16. Mar. Antonin. *lib.* 2. *variar. resolut.* 56. *casu* 16.

55 ¶ A que respondemos, triplici medio.

56 ¶ El primero, con que auiendo dos disposiciones en fauor de vno, la primera con grauamen de fideicomisso, y la segunda sin el, no es visto repetirse in dubio el grauamen de restitucion mientras expressamente no se dixere: ad textum in *l. si iure* 18. *ff. de legat.* 3. *in fin.* ibi: *Et tùnc ex posteriori testamento fideicommissum ei non debetur, etiam si iidem hæredes*

hæredes vtroque testamento instituti ex priori extiterint, vbi gloss. marginal. verbo, *non iure*, *l.* 3. §. *item si ipse*, vbi gloss. verbo, *cauerit*, & verbo, *scriptus*, *ff. si plusquam per legem falcid. gloss. in cap. licet*, verbo, *reuocare*, *de constitut. in* 6. notant Ias. *in l. licet Imperator* 77. *num.* 8. *ff. de legat.* 1. ibi: *Et an relicta in primo testamento censeantur repetita in secundo? Dic quod non, etsi idem ille fuerit institutus in secundo, qui fuerat in primo, l. si iure* 18. *ff. de legat.* 3. & ex Iasone Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 108. *num.* 18.

57 ¶ Optimè Bart. *in l. Statius Florus*, *in princip. num.* 2. *ff. de iur. fisc.* vbi si testator in primo testamento reliquit alicui fundum sub onere, ne alienetur extra familiam, & in secundo testamento eundem fundum reliquit simpliciter, quod non videtur repetitum onus de non alienando, de quo in primo testamento, idem per repetita verba tenet Dom. Gregor. Lopez *in l.* 21. *tit.* 1. *part.* 6. *gloss.* 1. verbo, *por otro*, vers. *Et tenet Bart. in l. Statius Florus*, *&c.* Cephal. *cons.* 67. *num.* 18. *&* 19. *volum.* 1. Con que no auiendo en la segunda escritura fray Carlos llamado a el dicho don Antonio, nullatenus debet admitti.

58 ¶ El segundo, y principal, porque la segunda donacion que fray Carlos hizo no fue ratificando la primera in totum, si no a fauor tantũmodo de doña Antonia su hermana, in hunc modum: *Por quanto en quatro de Iunio de* 99. *hizo donacion a doña Antonia de todos sus bienes, con reserua de vsufruto, y en quinze de Diziembre de* 601. *hizo donacion de los frutos en fauor de doña Maria su madre. Y porque quiere professar otorga, que aprueua y ratifica las dichas escrituras de donaciones suso referidas, otorgadas por el de los dichos sus bienes, herencias, y legitimas en fauor de las dichas su madre y hermana, sin exceptar, ni reseruar de ellas cosa ninguna.*

59 ¶ Vbi notatu digna illa verba: *Hizo donacion a doña Antonia.* Et iterum: *Ratifica las dichas escrituras en fauor de las dichas su madre y hermana*, sin passar a ninguno de los que se hallauan llamados in

in prima donatione, con que vino a ser limitada en quanto a la dicha doña Antonia: argument. *l. non omnis, ff. de rebus cred.* Craueta, *conſ.* 737. *num.* 16. Riminald. iunior, *conſ.* 662. *num.* 45. Rota, *deciſ.* 233. *num.* 2. *in nouiſ.* Dom. Molina, *de Hiſpanor. primogen. lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 7. Scapucin. *in tractat. de ſingulari ſucceſ. ampliat.* 15 *ex num.* 3. Gratian. *diſceptation. forenſ. cap.* 606. *à num.* 2. *cum ſeqq.* Gutierr. *lib.* 1. *Canonic. cap.* 36. *num.* 13. Ciriac. *controuerſ. forenſi* 204. *nu.* 21. Noguerol. *allegat.* 29. *num.* 44.

60 ¶ Tum, porque esto lo declara mas el dicho Fray Carlos por las palabras ſiguientes, ibi: *Y a mayor abundamiento, deſde luego, para quando aya profeſſado, hizo gracia y donacion a la dicha doña Antonia Mendez ſu hermana de todos ſus bienes, derechos, y acciones que le pertenecen de ſus legitimas paterna y materna, y ſe deſiſtio del que à ellos tiene, y lo cedió y renunciò en la dicha doña Antonia, y en los que tuuieſſen cauſa de la ſuſodicha.*

61 ¶ Et iterùm, ibi: *Todo lo qual aya y cobre para ſi la dicha ſu hermana en poſſeſsion y propriedad, &c.*

62 ¶ Ex quibus clarè demonſtratur auer querido dexar ſus legitimas a doña Antonia, y ſus ſucceſſores, pues dixo, *que los huuieſſe y cobraſſe para ſi,* cuya clauſula, *ad habendum,* importa translacion de dominio, vt in puncto notant Bart. *in l. qui Romæ, §. duo fratres, ff. de verbor. obligat.* vbi Crotus, plures referens *à num.* 2. Alexand. *conſ.* 189. *num.* 10. *lib.* 2. Roland. à Valle, *conſ.* 61. *nu.* 48. *part.* 2. Hieronym. Grat. *reſponſ.* 7. *num.* 20. Becci. *conſ.* 88. *à num.* 25. Menoch. *lib.* 3. *præſumpt.* 35. *nu.* 38. Oſaſc. *deciſ.* 164. *à numer.* 1. Gratian. *cap.* 96. *numer.* 2. Surd. *conſ.* 450. *num.* 27. Tuſch. *practicar. lit. C. concluſ.* 297. *num.* 7. Camill. Borrell. *in ſumm. deciſ. tit.* 36. *num.* 19. Auguſtin. Barb. *clauſ.* 4. *num.* 14.

63 ¶ Y facultad libre de enagenar los tales bienes, Bart. *in dict. l. qui Romæ, §. duo fratres, in* 8. *quæſt. num.* 91. *ff. de verbor. obligat.* vbi Angel. *num.* 12. Crot. *num.* 133. Alexand. *num.* 58. Iaſo. *num.* 72. So-

cin. iun *num.* 127. verſ. *Et abſque dubio*, Deci. *conſ.* 88. *num.* 11. *&* à *num.* 23. *cum ſeqq.* Rota, apud Farinac. *deciſ.* 261. *num.* 4. *part.* 1. *&* 642. *num.* 3. *eadem part.* Becci. *dict. conſ.* 88. *num.* 11. Rota, in cõgeſtis poſt tractatum de Saluiano interdicto, apud Statilium, *deciſ.* 172. *num.* 2. Barb. *dict. clauſ.* 4. *num.* 7. *&* 8. Ciriac. *tom.* 2. *controuerſ.* 324 à *num.* 16.

64 ¶ Præſertim, añadiendo, que no ſolo los huuieſſe y heredaſſe, y cedia los derechos en doña Antonia, pero, ibi: *En quien tuuieſſe cauſa de la ſuſodicha*, que es lo meſmo que la clauſula; *& quibus dederit*, importans facultatem alienandi, vt docent Seraphin. *deciſ.* 253. *num.* 5. Roland. á Valle, *in tractat. de lucro dotis, quæſt.* 64. *& conſ.* 55. *num.* 37. *lib.* 3. Magon. *deciſ. Lucenſ.* 12. à *num.* 1. Menoch. *conſ.* 178. *num.* 32. *&* 378. *num.* 3. *&* 865. *num.* 7. Cardinal. Tuſch. *lit. C. concluſ.* 295. *num.* 12. Barboſ. *clauſ.* 57. à *num.* 1. *cum ſeqq.*

65 ¶ Et denique, vt nulla dubitatio remaneat, concluyò, con que la dicha doña Antonia huuieſſe todos ſus bienes y derechos *en poſſeſsion y propriedad*, quæ verba plenum dominium cum vſufructu important, *l.* 4. *ff. ſi vſusfruct. petat. l. ſi tibi, de vſufruct. accreſcend. l. ſi tibi, ff. quib. mod. vſusfruct. amitt.* Ioan. Fabr. *in* § *omnium, num.* 21. *Inſtit. de action. cap.* 1. *de cauſ. poſſeſ. & propriet.* Alexand. Raudenſ. *de analog. lib.* 1. *cap.* 7. *lib.* 1. laté Dom. Caſtillo, *de vſufruct. cap.* 75. à *n.* 4. *cum ſeqq.* Auguſtin. Barb. *appellat.* 225. à *num.* 3. *cum ſeqq.*

66 ¶ El tercero y vltimo medio conſiſte, en que quando lo que ſe ha referido en los dos antecedentes, en orden a ſi la ſegunda donacion ſe eſtendio a fauor del dicho don Antonio, tuuiera duda, eſta la tiene declarada con juramento el dicho fray Carlos, diziendo no auer ſido ſu animo y voluntad quando la otorgó de comprehẽder mas que doña Antonia ſu hermana, a que ſe ha de eſtar, por ſer la diſpoſicion ſuya, y a quien le toca, *l. fin. C. de legib. l. ex facto* 43. *in princip.* verſ. *Beneficia, ff. de vulg.* gloſſ. magna, verbo, *dicit, in* §. *ſed iſtæ quidem. Inſtit. de*

action.

action. cap. si Papa, de priuileg. in 6. Angel. *conf.* 272. *num.* 2. Deci. *conf.* 51. *num.* 3. *&* 104. *num.* 5 Roland. á Valle, *conf.* 7. *num.* 82. *volum.* 3. Menoch. *conf.* 202. *num.* 172. *&* 244. *num.* 7. Tiber. Decian. *conf.* 6. *num.* 45. *&* 32. *num.* 38. *volum.* 4. Riminald. iun. *conf.* 399. *num.* 81. *&* 481. *num.* 67. plura iura congerit Niger. Ciriac. *tom.* 2. *controuerf.* 295. *num.* 30. illic: *Quia declaratio ad eum spectat, qui actum fecit.*

67 ¶ Y en terminos de disposicion dudosa de Religioso, que la puede este declarar post professionem, notant Gozadin. *conf.* 41. *à num.* 15. Pat. fr. Emanuel Rodriguez, *quæst. regular. tom.* 3. *quæst.* 69. *art.* 3. *& in summa,* 2. *part.* verbo, *Religioso, capit.* 109. *num.* 2. Reginald. *in praxi fori pœnitentialis, lib.* 18. *cap.* 27. *num.* 397. Pat. Thom. Sanchez, *de Religios. statu, lib.* 7. *cap.* 11. *num.* 16. *in medio,* Pat. Molina, *de iustit. & iur. disp.* 139. *in fin.* Hieronym. Rodriguez, *in compend. quæstionum regular. resolut.* 135. *num.* 3. Moneta, *de commutat. vltimar. voluntat. cap.* 5. *numer.* 14. Peregrin. *in commentar. ad constitut. Clericor. regular. part.* 2. *cap.* 1. *liter. G. §.* 36. frat. Bartholomæus de Vechis, *in praxi obseruanda in admittendis ad Religionis statutum nouitijs, disp.* 8. *dub.* 12. Barb. *in collectan. ad capit. nulla quoque renuntiatio* 14. *Sess.* 25. *de regular. numer.* 24.

68 ¶ Vltimamente se opuso por el Abogado de don Antonio en Estrados, sin auerlo alegado por el pleyto hucusque, de que la vltima donacion, y renunciacion en fauor deesta parte, que fray Carlos otorgò, contiene nulidad, por no auer precedido licencia del ordinario Eclesiastico, en conformidad de lo dispuesto por el Sagrado Concilio de Trento en el *cap.* 16. *de la Sess.* 25. *de regular.* ibi: *Nisi cum licentia Episcopi, vel Vicarij, &c.* Cenedo, *lib.* 1. *quæst.* 6. *num.* 14. Thom. Sanchez, *de Religioso statu, lib.* 7. *cap.* 5. *à num.* 76. Barb. *de potest. Episcop. allegat.* 99. *num.* 10. *& in collectan. ad dict. cap.* 16. *Concilij, num.* 27. A que se satisfaze.

69 ¶ Lo vno, que precedio la del Prior del dicho Conuento de san Geronimo, que assistio

a el

a el contracto, y la firmò, como della consta supra *nu.9.* y esta calidad sola basta por la costumbre que ay en esta Religion, que es Monacal, y en nada sugeta a el ordinario, segun se afirma, y es notorio, y se ha de estar a ella, vt in puncto notant ex Emanuele Rodriguez, *in summa*, Vega, *2. part. summæ, cap. 50. casu 3. in principio*, ibi: *Verdad es, que en algunas Religiones no está en vso pedir licencia al Obispo, en las quales vale la donacion hecha sin ella, como lo dize fray Manuel Rodriguez*, Augustinus Barb. *de potest. Episcop. allegat. 99. num. 7.* Pat. Thom. Sanchez, *dict. lib. 7. cap. 5. num. 75.* ibi: *Affirmant tamen quidam in aliquibus Religionibus abijsse inde suetudinem petere hanc licentiam ab Episcopo, & ideó in illis non esse necessariam.* Si bien dize, quod tutissimum erit licentiam Episcopi, aut Vicarij exigere.

70 ¶ Y lo otro, y principal, porque este no es derecho de don Antonio, si no del Conuento, cuya Religion es capaz de bienes, y assi siendo de tercero no puede alegarlo, *l. loci corpus, §. competit*, vbi Bart. & DD. *ff. si seruit. vindicet. l. si quis emptionis, §. sin vero nullum, C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Ancharran. *cons. 297. num. 16.* Natta, *cons. 419. num. 11.* Deci. *cons. 302. á num. 1.* Franch. *decis. 83. num. 7. & 492. num. 3.* Surd. *decis. 120. num. 11.* Tusch. *lit. E. conc us. 377. num. 1.* Cancer. *1. variar. cap. 18. num. 16* Giurba, *decis. 17. num. 16.* Ciriac. *lib. 2. controuers. 327. num. 84.*

71 ¶ Y solo se admite in vim exceptionis quando se opone por el Reo posseedor para repeler al Actor, diziendole experiris absque actione, vt ex *l. si cui, C. de non numerata pecunia, l. fin. C. de rei vendicat.* Thesaur. *decis. 4. num. 3.* Gratian. *capit. 700. num. 66.* Alexand. Ludouis. *decis. 415. num. 4.* & alijs iuribus & resolutionibus diximus supra *á num. 48.* cum seqq. Y siendo posseedor esta parte en virtud de la renunciacion vltima, con interuenció y autoridad del Prior de san Geronimo, que no ha opuesto cosa alguna contra ella, nos parece correr segura la defensa del patronato que fundó la dicha

cha

cha doña Antonia en la legitima de fray Carlos.

Articulo Segundo.

72 ¶ Para la determinacion deste se supone, que en treynta de Setiembre de 580. doña Geronima de Aualos (hermana de Carlos Daualos, y de doña Maria de Aualos, esta madre de las partes) por su testamento, debaxo de cuya disposicion murió, dixo.

73 ¶ *Nombro por mi heredero a Carlos Daualos mi hermano, Alferez mayor desta ciudad. Y en caso que el susodicho muera abintestato sin dexar heredero legitimo de legitimo matrimonio, mando que suceda doña Antonia mi sobrina. Y si acaso la dicha doña Antonia muriere sin hijos legitimos, mando que suceda en los dichos bienes Carlos Daualos su hermano,* que es el Padre fray Carlos.

74 ¶ El dicho Carlos Daualos, primero llamado a esta herencia, no tuuo sucessión, y por su testamento, con que murió el año siguiente de 588. instituyò por su vnica y vniuersal heredera de todos sus bienes a la dicha doña Antonia Mendez Pardo su sobrina, sin grauamen de restitucion, ni otro alguno.

75 ¶ En virtud desta disposicion sucedio en esta herencia doña Antonia, y estando posseyendo los bienes della, en quatro de Iulio de 599. el dicho fray Carlos su hermano hizo la primera donacion de todos sus bienes que al presente tenia, y adelante tuuiesse de qualquiera manera, de qua supra *num.* 3.

76 ¶ Y luego se entró en Religion, y dentro de los dos meses hizo la renunciacion que se expressa supra *á num.* 6. cum seqq.

77 ¶ Con que la pretension de don Antonio viene a ser, que por auer muerto sin descendientes la dicha doña Antonia, sucedio en la herencia de doña Geronima de Aualos por cabeça de fray Carlos en virtud dela primera donacion del año de 99.

78 ¶ Y lo contrario pretendemos en nōbre de la obra pia que doña Antonia fundò por los fundamentos siguientes.

79 ¶ Túm, por todo lo que dexamos aduertido contra la dicha donacion del año de 99. assi respeto de auer sido hecha intuitu Religionis, supra *á num.* 19. *vsque ad* 32. como por la menor edad, *numer.* 33. y ser inmensa, *á numer.* 35. *vsque ad* 46.

80 ¶ Túm, porque quien fue sucessor precipuo de los bienes del dicho fray Carlos, sin grauamen de restitucion, ni fideicomisso, fue la dicha doña Antonia en virtud de la renunciacion que en su fauor otorgó, supra *á num.* 48. cum sequentibus, que son los fundamentos de todo el primer articulo, a que nos remitimos.

81 ¶ Tùm, porque el derecho que fray Carlos pudiera tener a esta herencia era de futuro, y dependiente de la contingencia, vtrùm, su hermana doña Antonia, que le precedia, muriesse sin sucession, nec ne, y en este caso mientras expressamente no se mencionasse en la renunciacion, nullatenus comprehenditur, docent Bart. *in l. qui Romæ, §. duo fratres, quæst. 6. sub num.* 19. verſ. *Item importat, ff. de verbor. obligat. & in l. seruius* 8. *num.* 4. *ff. de condit. caus. dat. & in l. qui cũ tutoribus* 9. *in princip. num.* 1. vbi Iaso. *num.* 2. *&* 3. *ff. de transact.* Corneus, *cons.* 180. *num.* 2. *&* 3 *volum.* 2. Curt. iun. *cons.* 101. *num.* 7. Mascard. *conclus.* 1270. *num.* 13. Surd. *cons.* 267. *sub nu.* 5. *volum.* 2. Rota, apud Farinac. *decis.* 549. *sub num.* 3. *part.* 1. Ciriac. *lib.* 2. *controuers.* 292. *á numer.* 7. *cum sequentibus.*

82 ¶ Præsertim, quando adest certa iuris resolutio, quod renuntiatio est stricti iuris tàm respectu rerum ac iurium, *l. qui cum tutoribus, ff. de transact. & notatur in l. si de certa, & l. sub prætextu la* 2. C. *eodem,* quám personarum, *l. si vnus, §. ante omnia, de pactis, l. pactum quod dotali, C. de collat. cap. quamuis pactum, de pactis in* 6. & debet interpretari quod minus noceat quam sit possibile Aretin. *cons.* 161. *num.* 9.

Roman.

Roman. 168. num. 3. Crauet. 42. nu. 2. Menoch. 1. num. 216. Surd. 431. num. 20. lib. 3. Gratian. disceptat. cap. 737. num. 11. cum seqq. Molin. de ritu nuptiar. lib. 3. quæst. 79. num. 7. & quæst. 85. numer. 3. Cancer. lib. 1. variar. capit. 15. de renuntiat. numer. 231. Niger. Ciriac. lib. 2. controuers. 292. à numer. 10. cum sequentibus.

83 ¶ Tùm denique, & quod totum facit, porque la dicha doña Antonia no sucedio en la herencia de doña Geronima Daualos su tia en virtud de la disposicion de la susodicha, si no de el testamento de Carlos Daualos su tio, en que la instituyò por heredera vniuersal, sin grauamen alguno, supra num. 75.

84 ¶ Y aunque la dicha doña Geronima dixo, que en caso que Carlos Daualos muriera abintestato, sin dexar heredero legitimo, de legitimo matrimonio, sucediera doña Antonia, y por muerte de esta sin descendencia, fray Carlos, &c.

85 ¶ Adhúc, por no auer la parte de doña Antonia mostrado el cumplimiento de las condiciones de morir Carlos Daualos abintestato sin dexar heredero legitimo, nullatenus debet admitti, l. alterius, l. qui hæredi, §. Plautius, ff. de adquirend. hæredit. l. si rem, §. omnis, ff. de pignor. action. Socin. iun. cons. 122. num. 17. lib. 2. Cephal. 631. num. 26. lib. 5. Andr. Gail, lib. 2. obseru. conclus. 132. numer. 2. Peregrin. de fideicommis. art. 63. num. 10. Dom. Castillo, lib. 4. cap. 55. numer. 9.

86 ¶ Et licet oponga, que se verificó la vna de auer muerto sin dexar herederos legitimos de legitimo matrimonio, esto no es bastante, supuesto que no fue abintestato, como se requiere, antes otorgó testamento, y en el dexò a su hermana toda su hazienda, y para tener lugar el substituto sub duplici conditione copulatiué, necessum est vtramque purificari, ita deducitur ex l. Lucius la 2. ff. de hæred. instit. l. si hæredi plures, ff. de condit. & demonstrat. l. si is qui ducenta, §. vtrùm, ff. de reb. dub. l. si ita stipulatus, ff. de verbor. obligat. Zanch. in l. hæredes mei, §. cum ita, num. 7. ff. ad Trebelian. Socin. iun. cons. 45. num. 5. lib. 1. Iaso. in l.

genera-

generaliter, num. 1. C. de instit. & substitut. Gratus, consi 103. num. 4. lib. 2. Cephal. 447. nu. 7. lib. 3. Ludouic. Roman, cons. 131. per totum, & 138. num. 1. Simon de Prætis, de interpretat. vltimar. volunt. fol. mihi 148. à num. 105. latè Fussar. de substitut. quæst. 454. à num. 2. & 455. à num. 1. Viuius, decis. 346. lib. 2. num. 2. vbi concludit sic fuisse decisum Dom. Castillo, cap. 136. lib. 6. num. 3.

87 ¶ Y en terminos terminantes de nuestro caso est videndus Honded. cons. 78. lib. 1. cuya especie fue: *Substitutio facta decedenti sine filijs, & abintestato, quomodo intelligatur.* Et num. 23. in fin. inquit: *Neque simpliciter substitutionem fecit, si decesserit sine descendentibus masculis, & sic sub vna conditione tantum, sed sub duabus conditionibus, videlicét, si abintestato, & sine filijs, &c. Et ad hoc vt illi substitutioni sit locus, non sufficit vnam conditionem impleri, sed vt substitutus sub duplici conditione copulatiué admittatur, opus est vtramque conditionem purificari, l. Lucius, la vltim. de hæred. instit.* & post plurium allegationes prosequitur, ibi:

88 ¶ *Quoties enim aliqua dispositio conditionaliter loquitur, præcisè attenditur conditio, quæ apponitur, quæ si in minimo deficit, dispositio cessat. Deci. in capit. appellationibus, num. 3. de appellat. Cephal. cons. 480. num. 30. lib. 4. In totum quidem conditio impleri debet, aliàs habetur substitutio pro non facta, quia parificantur hæc: aliquid non fuisse factum, vel sub conditione, quæ non sit formaliter purificata, vt debuit, l. pecuniam quam, ff. si cert. petat. Cephal. cons. 455. num. 26. Crauet. cons. 15. num. 3. lib. 1. & alij plures adducti per Manticam, de coniecturis, lib. 11. tit. 16. num. 2. Sed prima conditio, si decesserit abintestato, quæ importat, ac si dixisset nullo factò testamento, cum ille dicatur abintestato decedere, qui testamentum non fecit, gloss. in l. generaliter, verbo, sine testamento, C. de instit. & substit. vbi Deci. num. 4. l. intestatus, & ibi Alciatus, de verbor. significat. non fuit purificata, imò deficit per testamentum conditum á Domino Camillo iuniori, qui hæredem vniuersalem instituit Dominum Carolum Antonium, ideò illis non purificatis substitutioni sub duplici cōditione factæ locus non est.*

Et

89 ¶ Et non solum no es contrario el texto que por el Abogado de don Antonio se alegó en Estrados, que fue la *l. generaliter, in principio, C. de instit. & subst.* ibi: *Si filius vel filia institutus, vel instituta, vel si sine liberis, aut sine testamento, vel sine nuptijs decesserit,* antes en mas fuerte caso, & per cõsequens fauorabilior, porque sin embargo de auer vsado de la alternatiua, *vel*, seu, *aut*, se conuierte en copulatiua, y requiere cumplimiento de todas las condiciones, y sin ellas non est locus substituto, vt deducitur ex ipso textu, & illius summario, ibi: *Substitutio, vel fideicommissum relictum per testatorem sub conditione si institutus, seu grauatus decesserit sine liberis, vna cum pluribus alijs conditionibus alternatiuè positis, non habet effectum, nisi omnes conditiones existant, & sic alternatiua ponitur pro copulatiua.*

90 ¶ Et per illum textum notant DD. præsertim ibidem Paulus Castrensis, *num.* 1. *vers. Et ne hoc contingat,* Iaso. *num.* 1. Alexand. *eodem num. & cons.* 88. *col.* 1. *&* 202. *col. penultim. lib.* 7. Ruin. *cons.* 199. *num.* 229. *lib.* 2. & ex multis Ioseph. de Rustic. *de condition. & demonstrat. in tit. an, & quando liberi in conditione positi vocetur, cap.* 9. *num.* 19. Honded. *dict. cons.* 78. *num.* 28. Vincent. de Franchis, *decis.* 150. *num.* 3. *part.* 1. eleganter Riminald. iun. *cons.* 199. *lib.* 2. *á num.* 229. videndus.

91 ¶ Con que si en el caso propuesto de condiciones alternatiuas copulantur, y se requiere cumplimiento de todas, quid dicendum in præsenti, donde se pusieron, *muriendo abintestato sin sucession legitima*, en q̃ precisa y necessariamẽte hã de cõcurrir, ex dicti iuribus supra congestis, & considerat Hond. *d. cons.* 78. *n.* 29. ibi: *Quod fortius dicendum est in casu, de quo agitur, in quo conditiones illæ non fuerunt alternatiué positæ, vt in dict. l. generaliter, sed copulatiué, quo casu sine dubio concursus conditionem exigit, & omnis cessat difficultas, ex quibus dicendum est vocatos sub illis duabus conditionibus non esse admittendos stante, quod Dom. Camillus testamentum fecit, & de omnibus bonis disposuit.*

92 ¶ Neque minus oberit el dezir, que parece que la condicion, *de morir abintestato, y sin heredero legitimo de legitimo matrimonio*, mirò solo a que no teniendo sucession entrasse el substituto, sin hazer caso de la palabra, *abintestato*.

93 ¶ Porque se responde. Lo vno, que no solo vna condicion integra, como dezir, *si muriere abintestato*, pero qualquiera palabra, o diccion se ha de interpretar, vt aliquid operetur, nec otiosa sit, *l. si quando, ff. de legat. 1.* ibi: *Alioquin, & frustra legaturus sit, l. generali, §. 1. ff. de vsufruct. legat. l. 1. & ibi gloss. ad municipal. l. 3. §. 1. ff. de iure fisci*, Bald. *in Rubric. ff. de contrahend. empt.* Socin. iun. *cons. 99. num. 15. lib. 1. & 89. á num. 14. lib. 3.* Paris. *cons. 1. numer. 45. lib. 3.* Dom. Ioan. del Castillo, *tom. 4. controuers. cap. 38. á num. 1. & 6.*

94 ¶ Y la de morir abintestato es admitida, y cessa con hazer testamento el grauado, vt in puncto notant Alexand. *cons. 59. num. 6.* vers. *Et in proposito, volum. 3.* Corneus, *cons. 138. num. 9. lib. 4.* vers. *Túnc autem*, Honded. *dict. cons. 78. à num. 24. cum seqq.*

95 ¶ Lo otro, porque lo que obra el dezir, *muriendo abintestato suceda F.* es dar facultad à el instituydo para que disponga de los bienes en perjuyzio del substituto, & in terminis concludunt Alexand. *dict. cons. 59. numer. 5.* vers. *Prætereà*, ibi: *Prætereà, & secundo dictus Dominus Vinceguerra testator satis aperté permissit filijs suis legitimis, & naturalibus, prout erat dictus Bartholomæus, alienationem per testamentum, patet, quia testator ipse nunquam substituit eis, nisi sub hac conditione, si decederent sine liberis, vel sine testamento, quo casu si decedebat condito testamento, excludebatur substitutio, quia illa alternatiua resoluitur in copulam, &c.*

96 ¶ Ruin. *cons. 153. num. 13.* ibi: *Et sicut videmus, quod si grauetur qui si intestatus decesserit, quod condito testamento excluditur fideicommissarius in totum, l. generaliter, C. de instit. & substit. & l. Lucius, ff. de hæred. instit.* Riminald. iun. *dict. cons. 199. num. 241.*

ibi:

ibi: *Nam non alia ratione Zacharias in dimidia substituit Ioannem filio sub conditione si decesserit filius non facto testamento, quia noluit pater illi liberam testandi facultatem adimere,* Honded. *dict. cons. 78. num. 29.* ibi: *Item potuit cogitare, quod ex alijs multis causis multum poterat interesse dare dictis liberis potestatem alienandi mediante facultate testandi.*

97 ¶ Y se pudo mouer por otras muchas causas que le ocurriessen, sicuti considerat Honded. vbi proximè *dict. num. 29. per totum.*

98 ¶ Túm denique, porque quando todo lo que se ha considerado tuuiera algun genero de duda, se deue aduertir, que la obra pia, a quien defendemos, assi en el vno, como en el otro articulo, es Rea conuenida, y por esta causa deuia obtener, *l. qui accusare, C. de ædendo, l. fauorabiliores, ff de regul. iur. l. Arrianus, ff. de obl. & act.* y por tal obra pia Aluarez, *de priuilegijs pauperum, & miserabil. personar. 1. part. quæst. 55. num.* 18. Salcedo, *de lege Politic. lib. 1. cap. 9. num.* 38. Y assi esperamos que ha de ser absuelta y dada por libre, y puesto a la parte del dicho don Antonio perpetuo silencio. Salva in omnibus, &c.

Lic. Herrera
Pareja